Die stille Gesellschaft

und

die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes.

Ein Vergleich.

Inaugural-Dissertation,

welche

nebst beigefügten Thesen

mit

Genehmigung der juristischen Fakultät

der

Universität Breslau

am 18. Juni 1904

Nachmittags 12¼ Uhr

öffentlich verteidigen wird

Alfred Kaestner

Referendar aus Liegnitz.

Opponenten:

Oberlandesgerichts-Referendar **Friedrich Herzog.**

Rechtskandidat **Georg Bartsch.**

Liegnitz.

Druck von Reinhold Wagner.

1904.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0106

Meinem lieben Vater

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung. Seite

§ 1. Die Stellung und das Verhältnis der Normen über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes zu denen des Handelsrechtes über die stille Gesellschaft im Allgemeinen 1

1. Kapitel

§ 2. Das Wesen der Gesellschaft und ihre Mitglieder
a) bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes . . 2
b) bei der stillen Gesellschaft. 5

2. Kapitel.

Das Gesellschaftsverhältnis nach innen.

§ 3. Die Gesellschafter in ihrem Verhältnis zueinander
a) bei der Gesellschaft des B. G. B. 7
b) bei der stillen Gesellschaft 12

§ 4. Die Beteiligung der Gesellschafter am Gewinn und Verlust
a) bei der Gesellschaft des B. G. B. 16
b) bei der stillen Gesellschaft 18

3. Kapitel.

§ 5. Das Gesellschaftsverhältnis nach aussen
a) bei der Gesellschaft des B. G. B. 22
b) bei der stillen Gesellschaft. 24

4. Kapitel

Die Auflösung der Gesellschaft.

§ 6. Die Auflösungsgründe und ihre Wirkung im Allgemeinen
a) bei der Gesellschaft des B. G. B. 25
b) bei der stillen Gesellschaft 32

§ 7. Die Auseinandersetzung als Wirkung der Auflösung im Besonderen
a) bei der Gesellschaft des B. G. B. 35
b) bei der stillen Gesellschaft 42

Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes und die stille Gesellschaft.

§ 1.

Die Gesellschaft des B. G. B. ist nach § 705 eine vertragsmässige Verbindung mehrerer Personen, der „Gesellschafter", zu auf Erreichung eines gemeinsamen Zweckes gerichteten Leistungen.

Unter den Titel „Gesellschaft" im B. G. B. fallen aber nicht alle Gesellschaften schlechthin, wenigstens nicht in ihrem vollen Umfange: für den Handelsverkehr hat das H. G. B. im zweiten Buche unter dem Titel „Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft" besondere Normen aufgestellt, die entsprechend dem Charakter des H. G. B. als Sonderrecht für Kaufleute naturgemäss für diese Anwendung zu finden haben, während nach § 2 E. G. zum H. G. B. die Vorschriften des B. G. B. gegenüber dem Handelsverkehr im Allgemeinen, also auch über die Gesellschaft nur subsidiäre Geltung haben.

Aus dem Ausdruck des H. G. B. „Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft" könnte man nun versucht sein zu schliessen, dass wohl die Bestimmungen des H. G. B. über die Handelsgesellschaften ihre Berechtigung hätten, dass aber für die stille Gesellschaft die Normen des B. G. B. vollauf genügten, da ja die stille Gesellschaft gar keine Handelsgesellschaft ist. In diesem Sinne schrieb Renaud: „Vielmehr ist die stille Gesellschaft eine societas privata oder voluntaria im Sinne des allgemeinen Civilrechtes, denn sie beruht auf einem Konsensualkontrakt, welcher die Vereinigung der Leistungen mehrerer in gemeinschaftlichem Interesse bezweckt"[1]).

[1]) Renaud, Die stille Gesellschaft, Heidelberg 1885, S. 90.

Diese Vermutung trifft jedoch nicht zu. Vielmehr bemerkt die Denkschrift zum H. G. B., S. 182, ausdrücklich, dass, obwohl die stille Gesellschaft unter den allgemeinen Begriff der Gesellschaft im Sinne des B. G. B. fällt, die Rechtssätze des letzteren doch zum Ersatz der besonderen handelsrechtlichen Vorschriften nicht geeignet sind.

„Die meist nur dispositive Regelung, welche das H. G. B. inbetreff der Verhältnisse der stillen Gesellschaft enthält, würde zwar in der Hauptsache auch auf dem Wege des Vertrages zu erreichen sein, allein es bedürfte doch jedesmal eingehender Vertragsbestimmungen, um die Anwendung gewisser, auf einer ganz anderen Grundlage beruhenden Vorschriften des B. G. B. auszuschliessen. Insbesondere gilt dies von den Vorschriften über die im Zweifel eintretende Vermögensgemeinschaft, bezüglich der Einlagen der Gesellschafter, über die Bindung des Gesellschaftsvermögens nach den Grundsätzen der gesamten Hand, über das Kündigungsrecht der Gesellschafter und dgl. mehr“[2]).

Inwieweit nun die „besonderen handelsrechtlichen Vorschriften“, wie sich die Denkschrift ausdrückt, von den allgemeinen Vorschriften des B. G. B. über die Gesellschaft verschieden sind und inwieweit die letzteren ergänzend in Betracht kommen, soll den Gegenstand der folgenden Untersuchung bilden.

1. Kapitel.

§ 2.

Das Wesen der Gesellschaft und ihre Mitglieder.

a) bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes.

Der Begriff „Gesellschaft“ setzt eine Mehrheit von Personen voraus, die sich zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes verbinden, um durch die Stärke, die in ihrer Vereinigung liegt, das zu erringen, wozu die Kräfte eines

[2]) Denkschrift, S. 182.

Einzelnen nicht ausreichen. Bei dieser Verbindung entsteht jedoch kein besonderes von den Gesellschaftern getrenntes Rechtssubjekt, wie bei einer juristischen Person, sondern Träger der Rechte und Pflichten sind die einzelnen Mitglieder selbst, deren Anzahl aber — im Gegensatz zum nicht rechtsfähigen Verein — dem Wechsel nicht unterworfen ist. Nur insoweit kann unter Umständen ein Wechsel in der Anzahl der Gesellschafter eintreten, als nach § 727 B. G. B. einer oder mehrere Erben eines Gesellschafters zur einstweiligen Fortführung der ihrem Erblasser durch den Gesellschaftsvertrag übertragenen Geschäfte verpflichtet sind und so, bis die übrigen Gesellschafter zu anderweiter Fürsorge imstande sind, an die Stelle e i n e s Gesellschafters m e h r e r e Erben desselben treten können.

Die Errichtung der Gesellschaft ist an eine bestimmte Form nicht gebunden, nur wenn sich ein Gesellschafter verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen zu übertragen oder ein Grundstück einzubringen, bedarf es der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 311 und 313 B. G. B.

Der Zweck der Gesellschaft wird im Gesellschaftsvertrage festgesetzt und geregelt; die Gesellschafter sind verpflichtet, in der dort bestimmten Weise zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes beizutragen. In der Regel wird die Verpflichtung in der Leistung von Beiträgen — Kapitalbeiträgen oder Leistung von Diensten (cfr. § 706, Abs. 3, B. G. B.) — bestehen, notwendig ist das nicht, das Gesetz hebt es nur durch den Ausdruck „insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten“ hervor. Vor allen Dingen darf der Gesellschafter nicht den Zwecken der Gesellschaft entgegenstehende Handlungen vornehmen, sondern er muss den Zweck der Gesellschaft möglichst im Rahmen des Gesellschaftsvertrages und in der dort bestimmten Weise zu fördern suchen. (Prot. II, S. 2412).

Ein Konkurrenzverbot, wie es das Recht der offenen Handelsgesellschaft, § 112 H. G. B., kennt, wonach ein Ge-

sellschafter ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter weder in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte machen, noch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilnehmen darf, besteht für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes nicht. Doch kann natürlich der Gesellschaftsvertrag eine solche Bestimmung enthalten, unter Umständen würde auch die Beteiligung an einer anderen gleichartigen Gesellschaft als gegen Treu und Glauben verstossend zu betrachten sein, denn auch der Gesellschaftsvertrag ist natürlich, ebenso wie alle anderen Verträge, so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 157 B. G. B.).

Die Höhe der Beiträge wird, soweit sie in Geld zu leisten sind, in den weitaus meisten Fällen der Gesellschaftsvertrag normieren, tut er dies nicht, so haben die Gesellschafter gleiche Beiträge zu leisten (§ 706, Abs. 1 B. G. B.).

Dass die Beiträge in das gemeinsame Eigentum der Gesellschafter übergehen, ist nicht erforderlich, nur bei vertretbaren und verbrauchbaren Sachen spricht eine gesetzliche Vermutung dafür, bei anderen Sachen dann, „wenn sie nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht blos für die Gewinnverteilung bestimmt ist“ (§ 706, Abs. 2 B. G. B.).

Gesellschafter bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes kann, da ja ihr Gebiet nicht einem bestimmten Kreise, sondern der allgemeinen Interessensphäre angehört, jeder beliebige sein, besondere Erfordernisse, wie z. B. die Eigenschaft als Kaufmann oder dgl., werden hier nicht aufgestellt. Doch kann natürlich ein Kaufmann Mitglied einer civilrechtlichen Gesellschaft sein, ohne dass die von ihm auf Grund dessen vorgenommenen Rechtsgeschäfte zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören müssen.

Diese gelten ja nach § 344 H. G. B. nur im Zweifel als im Betriebe seines Handelsgewerbes vorgenommen, der Gegenbeweis, dass sie nicht zum Handelsgewerbe gehören und dass der sich darauf Berufende dies gewusst hat, ist jeder Zeit

zulässig[1]), und sogar unter Umständen nicht einmal notwendig, wenn nämlich die Sachlage es unzweifelhaft erscheinen lässt, dass das Geschäft dem Handelsgewerbe nicht zugehört[2]).

b) bei der stillen Gesellschaft.

Wesentlich anders geartet ist die stille Gesellschaft des H. G. B.: bei ihr sind besondere Erfordernisse für die Eigenschaft wenigstens eines Gesellschafters aufgestellt.

Es ist zunächst die stille Gesellschaft eine Gesellschaft, bei der sich jemand (der stille Gesellschafter) an dem Handelsgewerbe eines anderen (des Komplementars) mit einer in das Vermögen des letzteren übergehenden Vermögenseinlage derart beteiligt, dass er am Gewinn (in der Regel auch am Verluste) teilnimmt (§ 335 i. V. mit § 336 H. G. B.).

Schon hier finden wir eine Eigentümlichkeit der stillen Gesellschaft gegenüber der Gesellschaft des B. G. B.: eine gesetzlich bestimmte Anzahl der Gesellschafter. Auch die Anzahl der Gesellschafter bei der gewöhnlichen Gesellschaft ist ja nach Abschluss des Gesellschaftsvertrages geschlossen, dieser kann aber zwischen einer beliebigen Anzahl von Personen geschlossen werden, der Vertrag über die stille Gesellschaft kann nur zwischen zwei Personen vereinbart werden, dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter

Andererseits folgt daraus noch nicht, dass nicht der Komplementar mehr als einen stillen Gesellschafter haben kann, nur bestehen dann zwischen ihm und den — nehmen wir an, es wären drei — stillen Gesellschaftern ebensoviele stille Gesellschaften, die gänzlich von einander unabhängig sind[3]). Hierin besonders tritt der durchgreifende Gegensatz der stillen Gesellschaft zur Kommanditgesellschaft hervor, mit der die stille Gesellschaft den wirtschaftlichen Zweck ge-

[1]) Staub, Kommentar zum H. G. B., 6. u. 7. Auflage, Berlin 1900, Bd. II, S. 1048.

[2]) E. R. G., Bd. 28, S. 315.

[3]) Cosack, Lehrb. des Handelsrechtes, 5. Aufl., Stuttgart 1900, S. 586; Bauer, Die stille Gesellschaft, Leipzig 1894, S. 10; Staub, a. a. O., Bd. I, S. 995.

meinsam hat, Kapitalisten Gelegenheit zur Teilnahme an kaufmännischen Unternehmungen zu geben. Während nämlich bei der stillen Gesellschaft der Komplementar, wie gesagt, mit mehreren stillen Gesellschaftern ebensoviele stille Gesellschaften eingehen kann, besteht zwischen dem persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft und mehreren Kommanditisten immer nur eine solche Gesellschaft.

Was nun zunächst die Person des Komplementars betrifft, so muss derselbe ein Handelsgewerbe betreiben, also Kaufmann sein. Gleichgültig ist dabei, ob der Komplementar Voll- oder Minderkaufmann ist; auch ein Kleingewerbetreibender, Handwerker oder dgl. kann einen stillen Gesellschafter haben, da ja die stille Gesellschaft keine Handelsgesellschaft ist[4]) Aber selbst wenn dies der Fall wäre, so läge deshalb noch kein Grund vor, dass nicht trotzdem der Komplementar Minderkaufmann sein könnte, wie ja auch eine Aktiengesellschaft, die doch zweifellos eine Handelsgesellschaft ist, vom Standpunkt sowohl der Theorie wie des Gesetzes aus einen minderkaufmännischen Betrieb zum Gegenstande haben kann.

Die Kaufmannseigenschaft kann aus dem Betriebe eines der in § 1 H. G. B. aufgezählten Handelsgewerbe (der sog. Handelsgrundgeschäfte), hervorgehen. Sie ist ferner vorhanden, sofern jemand nach § 2 H. G. B. ein gewerbliches Unternehmen betreibt, das nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und die Firma des Unternehmers im Handelsregister eingetragen ist. Endlich kann aber auch derjenige einen stillen Gesellschafter haben, der ein land- oder forstwirtschaftliches Nebengewerbe betreibt, sofern er von dem Recht der Eintragung in das Handelsregister Gebrauch macht und dadurch Kaufmannseigenschaft erlangt hat (§ 3 H. G. B.). Nur ist dann selbstverständlich erforderlich, dass die stille Gesellschaft sich im

[4]) Ebenso E. R. G., Bd. 9, S. 80; Cosack, a. a. O., S. 586; Staub, a. a. O., Bd. I, S. 995; Bauer, a. a. O., S. 89; a. A. Renaud, Die stille Gesellschaft, Heidelberg, 1885.

Rahmen dieser Nebengewerbe hält und nicht auf das land- und forstwirtschaftliche Gebiet hinübergreift. Tut sie dies dennoch, so verliert sie damit den Charakter einer handelsrechtlichen Vereinigung, da ja der Landwirt als solcher Kaufmannseigenschaft nicht besitzt, sondern nur als Unternehmer des Nebengewerbes vermöge der Eintragung in das Handelsregister Kaufmann geworden ist[5]).

Dass der Komplementar Einzelkaufmann ist, wird nicht erfordert, verlangt wird nur Kaufmannseigenschaft, weshalb auch offene Handels-, Kommandit-Aktiengesellschaften, Aktien-Kommanditgesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung Komplementare sein können[6]).

Für den stillen Gesellschafter sind überhaupt keine bestimmten Normen aufgestellt; das Gesetz (§ 336 H. G. B.) sagt nur: „wer sich als stiller Gesellschafter beteiligt" und gibt dadurch zu erkennen, dass überhaupt jeder Rechtsfähige sich als stiller Gesellschafter beteiligen kann, sowohl physische wie juristische Personen.

2. Kapitel.

Das Gesellschaftsverhältnis nach innen.

§ 3.

Die Gesellschafter in ihrem Verhältnis zu einander.

a) bei der Gesellschaft des B. G. B.

Wie schon oben kurz bemerkt, haben die Gesellschafter des B. G. B. laut dem Gesellschaftsvertrage die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten. Diese, sowie die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (§ 718 B. G. B.), d. h. nur die Gesamtheit der Gesellschafter ist zur Verfügung über sie berechtigt. Damit hat sich das

[5]) Markus bei Holdheim, Wochenschrift für Aktienrecht, später Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Band VI, S. 112.

[6]) Staub, a. a. O., S. 996, No. 11.

B. G. B. — wenn auch nicht in allen seinen Konsequenzen — der deutsch rechtlichen Auffassung der Gesellschaft als eines Gesamt-Handverhältnisses angeschlossen, wonach der Abschluss des Gesellschaftsvertrages neben den obligatorischen Wirkungen, die die römisch rechtliche societas kennzeichnen, auch dingliche hat und namentlich ein selbständiges Gesellschaftsvermögen entstehen lässt.

Ein Ausschluss vom gemeinschaftlichen Vermögen ist nur in dem schon oben (§ 2) erwähnten Falle des § 706, Abs. 2 B. G. B. gestattet, doch spricht auch dort eine Rechtsvermutung dafür, dass diese Sachen Gesellschaftsvermögen geworden sind, d. h. es kann durch Vertrag die Uebereignung ausgeschlossen sein und z. B. blosse Gebrauchsüberlassung vereinbart werden.

Ebensowenig wie über das Gesellschaftsvermögen als Ganzes darf ein Gesellschafter über seinen Anteil an demselben verfügen und ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen (§ 719, Abs. 1 B. G. B.).

Ein Gesellschafter ist zur Erhöhung des vereinbarten Beitrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage nicht verpflichtet (§ 707 B. G. B.), ebensowenig aber berechtigt, ohne Zustimmung der anderen Gesellschafter seinen Beitrag zu erhöhen, denn daraus würde für die übrigen Gesellschafter oft ein sehr grosser Nachteil entstehen, und der Gesellschafter, der trotz Widerspruchs seiner Mitgesellschafter die Einlage erhöht, würde sich einer Vertragsverletzung schuldig machen[1]).

[1]) Motive, S. 597; ebenso Planck, B. G. B. nebst Einführungsgesetz, 2. Bd.; Recht der Schuldverhältnisse, 1. u 2. Aufl., Berlin 1900, S. 459; Knoke, das Recht der Gesellschaft nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1901, S. 31; Staub, a. a. O., Exkurs zu § 122, Anm. 8; And. A. Oertmann, das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899, S. 446, der die Annahme einer Vertragsverletzung für eine »mehr originelle, als beweiskräftige Idee der Motive hält«.

Nehmen wir aber z. B. an, es betreiben drei Landwirte, deren Gutsbezirke aneinander grenzen, gemeinschaftlich eine Branntweinbrennerei, wobei der Umfang des Unternehmens zwar einen kauf-

Natürlich können die Gesellschafter aber im Gesellschaftsvertrage vereinbaren, dass jeder von ihnen zur Ergänzung seiner durch Verlust verminderten Einlage immer oder nur unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet ist, denn zwingenden Rechtes ist die Vorschrift im § 707 B. G. B. nicht.

Entgegen der allgemeinen Regel des § 276 B. G. B. haftet ein Gesellschafter — entsprechend dem Recht der römischen societas — bei Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten nur für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, und zwar haftet er der Gesamtheit der Gesellschafter, ein einzelner Gesellschafter kann nicht klagbar gegen ihn werden, würde sich vielmehr der prozesshindernden Einrede der mangelnden Aktivlegitimation aussetzen. Der Grund für diese beschränkte Haftung ist noch derselbe, wie der in den römischen Quellen angegebene (J. 3, 15; Dig 17, 2, 72): qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri debet, wer in der Auswahl seines Gesellschafters nicht vorsichtig genug ist, mag sich bei sich selbst beklagen. Dabei ist der Massstab jedoch abstrakt anzulegen: ein Gesellschafter haftet für die Sorgfalt, die man normalerweise bei einem vernünftigen Menschen in eigenen Angelegenheiten voraussetzen darf. Ist er ein Verschwender

männischen Geschäftsbetrieb erfordert, die Unternehmer jedoch von der Befugnis der Eintragung ins Handelsregister keinen Gebrauch machen, also die Regeln der Gesellschaft des B. G. B. Anwendung finden.

Im Gesellschaftsvertrage ist festgesetzt, dass jeder jährlich eine bestimmte Anzahl Zentner Kartoffeln zu liefern hat; danach richtet sich auch die Gewinnverteilung. Würde nun etwa einer der Gesellschafter ohne Zustimmung der beiden anderen das doppelte Quantum liefern und demgemäss auch erhöhten Anteil am Gewinn beanspruchen, so könnten die Mitgesellschafter leicht übervorteilt werden. Denn der erzielte Gewinn brauchte trotz der Mehrlieferung von Kartoffeln nicht höher zu sein, da die Brennerei nur einen den im Vertrage festgesetzten Beiträgen entsprechenden Absatz hat. Das Mehrfabrikat muss lagern; trotzdem aber würden die beiden anderen Gesellschafter weniger Gewinn haben, als wenn der Dritte die im Vertrage festgesetzte Menge Kartoffeln geliefert hätte.

oder dgl., so kann er sich nicht damit entschuldigen, dass seine eigenen Angelegenheiten unter seiner Nachlässigkeit ebenso zu leiden haben, sondern ist dann für allen Schaden verantwortlich[2]). Auch hier kann im Gesellschaftsvertrage eine gesteigerte oder nur auf Vorsatz beschränkte Haftung vereinbart werden, z. B. derart: § ... Jeder Gesellschafter verpflichtet sich, den anderen gegenüber für jedes Verschulden seinerseits zu haften, bezw. jeder Gesellschafter ist nur für vorsätzliche Verletzung seiner Pflichten haftbar.

In Konsequenz des Gesamthandprinzipes sind die Gesellschafter zur Führung der Geschäfte nur gemeinschaftlich berechtigt, für jedes einzelne Geschäft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich, § 709 B. G. B. Dies der prinzipielle Standpunkt des Gesetzes; doch können nach dreifacher Richtung Vereinbarungen anderer Art erfolgen: es kann zu den einzelnen Geschäften ein Mehrheitsbeschluss nach der Zahl der Gesellschafter — im Zweifel nicht nach der Höhe der Beiträge — erforderlich sein, § 709. Abs. 2 B. G. B, die Geschäftsführung kann einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen sein, wodurch die anderen von derselben ausgeschlossen sind, § 710 B. G. B., oder es kann schliesslich jeder Gesellschafter zum Abschluss jedes Geschäftes berechtigt sein, § 711 B. G. B. Jedoch muss dann für den Fall, dass ein Gesellschafter der Vornahme des Geschäftes durch einen anderen Gesellschafter widerspricht, das Geschäft unterbleiben, und diese Vorschrift ist zwingenden Rechtes. Mit diesen Bestimmungen schliesst sich das B. G. B. in „angemessener Weise" dem Recht der offenen Handelsgesellschaft (vgl. §§ 114, 115 H. G. B.) an[3]).

Der trotz des Widerspruchs das Geschäft ausführende Gesellschafter ist natürlich — und zwar der Gesamtheit der übrigen Gesellschafter, nicht dem einzelnen — zum Schadenersatz verpflichtet[4]).

[2]) Örtmann, S. 446, 367; Endemann, Lehrb. d. bürg. R., 3. u. 4. Aufl., S. 489 f.

[3]) Örtmann, S. 449, Motive II. S. 604.

[4]) Planck, S. 461.

Für den Fall aber, dass ein Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, kann er sich dennoch, ebenso wie ein von der Geschäftsführung ausgeschlossener offener Handelsgesellschafter, persönlich von den Angelegenheiten der Gesellschaft unterrichten, die Geschäftsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen und sich aus ihnen eine Übersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anfertigen (§ 716, Abs. 1, B. G. B., § 118, Abs. 1, H. G. B.)[5]).

Dabei setzt das Wort persönlich nicht unter allen Umständen voraus, dass er allein sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft unterrichten darf, vielmehr kann er einen sachverständigen Dritten bei der Prüfung zu Rate ziehen, auch wohl durch seinen gesetzlichen Vertreter vertreten werden[6]).

Wiederum aber kann dieses Recht der Prüfung und Einsicht in die Papiere im Gesellschaftsvertrage ausgeschlossen sein, doch kann es trotzdem ausgeübt werden, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht (§ 716, Abs. 2, B. G. B.), eine in Anlehnung an § 118, Abs. 2, H. G. B. ebenfalls dem Rechte der offenen Handelsgesellschaft entnommene Bestimmung[7]).

Die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegen einander zustehen, sind nicht übertragbar. Ausgenommen sind die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, sowie die Ansprüche auf einen Gewinnanteil und auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt (§ 717 B. G. B.). Es sind also z. B. nicht übertragbar das Recht auf Geschäftsführung, auf Prüfung der Bücher und Papiere, übertragbar dagegen z. B. die Ansprüche aus Aufwendungen bei der Vertretung der Gesellschafter, bei Lohnzahlungen an die Angestellten und dgl.[8]).

[5]) Planck, S. 468; Örtmann, S. 453.

[6]) Planck, S. 465, R. O. H. G., Bd. 7, S. 71 flg., namentlich S. 75, E. R. G., Bd. 25, S. 88.

[7]) Planck, S. 466.

[8]) Planck, S. 466.

Die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugnis zur selbständigen Geschäftsführung (nicht die Führung der Geschäfte gemäss § 709 B. G. B., denn diese ist ja gesetzlich bestimmt, nicht durch den Gesellschaftsvertrag übertragen) kann ihm — wiederum analog den Rechtsverhältnissen der offenen Handelsgesellschaft (vgl. § 117 H. G. B.) — durch einstimmigen Beschluss oder, wenn nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen entscheidet, durch Mehrheitsbeschluss der übrigen Gesellschafter entzogen werden, falls ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher Grund liegt namentlich dann vor, wenn dem geschäftsführenden Gesellschafter grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmässigen Geschäftsführung entgegengehalten werden kann (vgl. § 712, Abs. 1, B. G. B.). Ob ein wichtiger Grund vorliegt, entscheidet bei Uneinigkeit unter den Gesellschaftern der Richter, der für seine Beurteilung besonders auch aus Art. 125, No. 2—5 des alten Handelsgesetzbuches (Unredlichkeit des Gesellschafters bei der Geschäftsführung oder Rechnungslegung, Unterlassung der Erfüllung ihm obliegender wesentlicher Verpflichtungen: Missbrauch des Vermögens der Gesellschaft zu Privatzwecken, Unfähigkeit zur Erfüllung der ihm obliegenden Geschäfte wegen anhaltender Krankheit oder dgl.) wird Belehrung schöpfen können.

Auch dem geschäftsführenden Gesellschafter selbst steht die Kündigung zu, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, kündigt er ohne solchen Grund zur Unzeit, so ist er den übrigen Gesellschaftern schadensersatzpflichtig[9]).

b) bei der stillen Gesellschaft.

Auf die Rechtsverhältnisse der stillen Gesellschaft findet der citierte § 717 B. G. B. (Nichtübertragbarkeit der den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegen einander zustehenden Ansprüche) analoge Anwendung. Nicht so die §§ 718 und 719 B. G. B. Nach diesen werden ja die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung

[9]) Planck, S. 462.

erworbenen Gegenstände gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter, und ein Gesellschafter ist zur Verfügung über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen ebensowenig berechtigt, wie er Teilung verlangen kann. Daraus geht ohne weiteres hervor, dass eine analoge Anwendung der letztgenannten §§ auf die stille Gesellschaft ausgeschlossen ist, denn bei dieser gibt es Gesellschaftsvermögen, über das die Gesellschafter nur zu gesamter Hand zu verfügen berechtigt sind, überhaupt nicht. Die Einlage nämlich, mit der sich der stille Gesellschafter beteiligt, hat er so zu leisten, dass sie in das Vermögen des Komplementars übergeht, § 335 Abs. 1 H. G. B.

Im Gegensatz zum B. G. B. kann aber nicht jemand dadurch stiller Gesellschafter werden, dass er dem Komplementar nur seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, m. a. W. durch Leistung von Diensten; diese bilden keine Vermögenseinlage, wie sie das H. G. B. verlangt[10]).

Zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage oder zur Erhöhung derselben ist der stille Gesellschafter nicht verpflichtet und hat auch kein Recht auf Erhöhung der Einlage, denn § 707 B. G. B. findet auch auf die stille Gesellschaft Anwendung.

Verschiedenartiger Natur sind die Beiträge des Inhabers des Handelsgewerbes zu der zwischen ihm und dem Stillen bestehenden Gesellschaft. Auch er kann sich

[10]) Dies geht schon aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor: das B. G. B. § 706, Abs. 2 spricht von »Beiträgen«, die in Leistung von Diensten bestehen können, das H. G. B. von einer »Einlage« und zwar einer »Vermögenseinlage«. Auch folgt das Gesagte aus der ratio legis. Dem Komplementar liegt vor allem daran, seine Kapitalkraft zu erhöhen, deswegen schliesst er die stille Gesellschaft ab; braucht er für sein Unternehmen jemanden, der vielleicht besondere technische Fertigkeiten besitzt, so stellt er ihn in seinem Geschäft an, als stillen Gesellschafter nimmt er ihn nicht auf.

And. A. Renaud, S 80/81; ders A. Staub I, S. 997, Bauer S. 19; Behrend, Lehrbuch des Handelsrechtes, § 91; Lastig bei Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechtes, 1881 flg., Bd. I, S. 705; E. R. G. Bd. 33, S. 130.

mit einem bestimmten Geschäftsanteil an dem Unternehmen beteiligen, doch findet seine Haftung an diesem Anteil keineswegs ihre Grenze, vielmehr erstreckt sich diese auch auf sein ganzes Privatvermögen. Deshalb wird in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle das Verhältnis derart sein, dass sich der Komplementar schon von vornherein mit seinem ganzen Vermögen, nicht nur mit einer bestimmten Quote desselben beteiligt, aber an und für sich ist das letztere sehr wohl denkbar.

Dies der Beitrag des Komplementars nach der einen Seite hin. Auf der anderen Seite besteht seine Leistung darin, dass er dem Stillen für seine ihm — dem Komplementar — anvertraute Einlage entschädigt, indem er ihm eine meist im Gesellschaftsvertrage bestimmte, sonst dem Verlustanteil entsprechende Quote des in seinem Geschäft erzielten Gewinnes auszahlt.

Was die Geschäftsführung bei der stillen Gesellschaft betrifft, so ist die analoge Anwendung von § 709 B. G. B. von vornherein ausgeschlossen, wonach prinzipiell die Geschäftsführung den Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht und für jedes Geschäft die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist. Hier steht vielmehr prinzipiell die Geschäftsführung dem Komplementar zu, und die Zustimmung des stillen Gesellschafters zu den einzelnen Geschäften, selbst ungewöhnlichen, ist nicht nötig, denn das Kapital, mit dem der Komplementar arbeitet, ist sein Kapital, und die Geschäfte, die er führt, sind seine eigenen Geschäfte, nicht die des stillen Gesellschafters. Nur wenn er ein Geschäft vornehmen will, das den Geschäftsprinzipien direkt widerspricht, dessen Abschluss vielleicht sogar im Gesellschaftsvertrage ausgeschlossen worden ist, muss er vorher die Genehmigung seines stillen Teilhabers erbitten. Denn sonst würde ihm eine vorsätzliche Vertragsverletzung zur Last fallen, für die er natürlich schadensersatzpflichtig wäre [11]).

[11]) Bauer, S. 59; Cosack, S. 587; Staub, Anm. 31 zu § 335 H. G. B.

In dem Gesellschaftsvertrage kann jedoch vereinbart werden, dass der stille Gesellschafter zum Abschluss bestimmter oder auch aller Geschäfte berechtigt oder verpflichtet sein soll, was nach innen auf die Stellung eines Handlungsgehülfen und nach aussen auf die Einräumung einer Handelsvollmacht hinausläuft, da der Stille — wie sein Name besagt — nach aussen niemals als Gesellschafter auftreten kann.

Auch nach innen liegen die Geschäftsführungsakte des Stillen jedenfalls ausserhalb seiner Beitragspflicht, die begrifflich auf Vermögenseinlagen beschränkt ist. Der Stille kann unbedenklich im Handelsgewerbe des Komplementars als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter angestellt sein, muss als solcher jedoch in erkennbarer Weise auftreten[12]).

Aus diesen Ausführungen geht zugleich hervor, dass der Komplementar zur Förderung des Unternehmens ausser durch seine Vermögenseinlage stets auch zu persönlicher Tätigkeit verpflichtet ist.

Bei dieser Geschäftsführung findet wiederum der § 708 B. G. B. über die Haftung der Gesellschafter für diligentia quam suis analoge Anwendung. Wie nämlich der stille Gesellschafter verpflichtet ist, die Einlage so zu leisten, dass sie in das Vermögen des Komplementars übergeht, so ist andererseits dieser dem stillen Gesellschafter verpflichtet, die Einlage in der dem Gesellschaftsvertrage entsprechenden Weise zu verwenden und haftet bei Geschäftsverlusten dem stillen Gesellschafter für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Verwendet er die Einlage in einer dem Gesellschaftsvertrage zuwiderlaufenden Weise, so ist darin eine vorsätzliche Verletzung der ihm obliegenden Verpflichtungen zu erblicken, und er haftet dafür aus § 276 B. G. B., diese Haftung kann ihm auch vertragsweise nicht erlassen werden (§ 276, Abs. 2 B. G. B.). Aber er hat auch dafür einzustehen, dass er sich bei der Erfüllung seiner Verpflichtungen nicht grobe Fahrlässigkeit zu schulden kommen lässt, und

[12]) Bauer, S. 59.

kann, zum Schadenersatz herangezogen, nicht geltend machen, dass er ja in seinen eigenen Angelegenheiten auch nicht sorgfältiger verfahre. Doch kann auch hier im Gesellschaftsvertrage die Haftung für grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen und bestimmt sein, dass der Komplementar nur vorsätzliche Verletzungen seiner Pflichten zu vertreten habe. Im allgemeinen aber haftet derselbe, wie gesagt, für Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, d. h. nur unter diesen Umständen nimmt der stille Gesellschafter am Verluste teil. Letzterer kann sich, zur Tragung des Verlustes herangezogen, darauf berufen, dass der Komplementar nicht die Sorgfalt angewendet habe, die jemand in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, muss dies aber natürlich beweisen.

§ 4.

Die Beteiligung der Gesellschafter am Gewinn und Verlust.

a) bei der Gesellschaft des B. G. B.

Wie prinzipiell nach dem Gesetze die Gesellschafter des bürgerlichen Rechtes einander völlig gleichstehen, wie ihnen grundsätzlich die Geschäftsführung gemeinschaftlich obliegt und wie sie grundsätzlich gleiche Beiträge zu leisten haben, so haben sie auch im Zweifel gleichen Anteil an dem durch ihre gemeinsame Arbeit erzielten Gewinn, so müssen sie aber auch grundsätzlich die Verluste, die die Gesellschaft treffen — mögen sie herrühren, woher sie wollen — gemeinschaftlich und zu gleichen Teilen tragen, und dies trifft mangels anderer Vereinbarung sogar dann zu, wenn die Art und Grösse des Beitrags verschieden ist, § 722, Abs. 1 B. G. B.

Ist nur der Anteil am Gewinn oder am Verlust bestimmt, so gilt die Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust, § 722, Abs. 2 B. G. B. Daraus geht zugleich hervor, dass die Anteile am Gewinn und Verlust verschieden sein können, dass also etwa ein Gesellschafter, der zu einem Drittel am Gewinn teilnimmt, doch nach dem Gesellschaftsvertrage zur Hälfte am Verlust teilnehmen kann. Nur darf

nicht bestimmt sein, dass ein Gesellschafter nur am Verlust partizipiere, denn bei einer solchen „societas leonina“ ist der Zweck kein „gemeinsamer“, wie ihn § 705 B. G. B. erfordert, und es liegt demnach keine Gesellschaft vor[1]). Dagegen ist eine Vereinbarung, dass ein Gesellschafter nur am Gewinn teilnehmen solle, zulässig.

Wie oben erwähnt, steht das Gesetz prinzipiell auf dem Standpunkt, dass die Gesellschafter Gewinn und Verlust zu gleichen Teilen tragen. Diese Vorschrift ist aber nur dispositiv, und in der Mehrzahl der Fälle wird wohl der Gesellschaftsvertrag normieren, dass Gewinn und Verlust entsprechend der Höhe der Beiträge verteilt werden.

Dabei will das Gesetz nicht, dass der Gewinn und Verlust jedes einzelnen Geschäftes, das die Gesellschaft mit sich bringt, verteilt werde, sondern wie aus dem Ausdruck „Rechnungsabschluss“ des § 721 B. G. B. hervorgeht, soll das Ergebnis aller Geschäfte der Verteilung zugrunde gelegt werden, und zwar kann ein Gesellschafter diese Bilanz und demgemäss die Verteilung des Gewinns und Verlustes erst nach der Auflösung der Gesellschaft verlangen (§ 721 B. G. B.), vorausgesetzt natürlich, dass im Gesellschaftsvertrage nichts anderes bestimmt ist[2]). Jedoch ist dieser Satz nur für Gesellschaften von kürzerer Dauer, namentlich für die sog. Gelegenheitsgesellschaften zum gemeinsamen Abschluss einzelner Geschäfte aufgestellt. Die früher im H. G. B. geregelte Gelegenheitsgesellschaft ist jetzt bekanntlich im Rechte der Gesellschaft nach B. G. B. aufgegangen.

Ohne dass aber im Gesellschaftsvertrage eine positive Festsetzung vorgenommen ist, erfolgt der Rechnungsabschluss und die Gewinnverteilung — nicht auch die Verlustverteilung, hinsichtlich deren es — vorbehaltlich anderer Regelung durch den Gesellschaftsvertrag — bei der Vorschrift des § 721, Abs. 1 bewendet — am Schlusse jedes Geschäftsjahres bei

[1]) Planck, S. 457, 470; Knoke, S. 13, 52: Örtmann, S. 457.
[2]) Knoke, S. 53.

Gesellschaften von längerer Dauer, § 721, Abs. 2 B. G. B., worunter naturgemäss solche Gesellschaften zu verstehen sind, die auf mindestens mehrere Jahre abgeschlossen sind[3]).

b) bei der stillen Gesellschaft.

Schwieriger als bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes gestaltet sich die Verteilung von Gewinn und Verlust bei der stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuches.

Wie oben § 1 erörtert, beteiligt sich der stille Gesellschafter mit einer in das Eigentum des Komplementars übergehenden Vermögenseinlage der Art, dass er am Gewinn, in der Regel auch am Verluste teilnimmt. Es kann nämlich (vgl. § 336, Abs. 2 H. G. B.) im Gesellschaftsvertrage bestimmt sein, dass der stille Gesellschafter am Verluste nicht teilzunehmen braucht, ein Standpunkt, auf dem das Reichsgericht schon unter der Geltung des alten H. G. B. stand (cf. E. R. G., Bd. 31, S. 35), eine Parallele zu den eben ausgeführten Rechtsverhältnissen der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes. Die Beteiligung des stillen Gesellschafters an dem erzielten Gewinn kann jedoch, ebensowenig wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes — und zwar hier sogar laut positiver Bestimmung — niemals ausgeschlossen werden (§ 336, Abs. 2, S. 2 H. G. B.).

Es ist nun zunächst möglich, dass im Gesellschaftsvertrage über Verteilung des Gewinns und Verlustes nichts gesagt ist, ein Fall, der allerdings bei dem heutigen entwickelten kaufmännischen Geschäftssinn zu den grössten Ausnahmen zählen wird (ein Beispiel s. E. R. G., Bd. 25, S. 41). Mangels dahingehender Vereinbarung gilt ein den Umständen nach angemessener Anteil als bedungen (§ 336, Abs. 1 H. G. B.), und über die Angemessenheit entscheidet dann ev. richterliches Ermessen. Doch wird, wie Markus, a. a. O., S. 112, richtig bemerkt, für das Ermessen des Richters § 722, Abs. 1 B. G. B., wonach, falls die Anteile am Verlust und Gewinn nicht bestimmt sind, jeder Gesellschafter ohne Rück-

[3]) Planck, S. 470, Ortmann, S. 457, Knoke, S. 53.

sicht auf Art und Grösse seines Beitrages gleichen Anteil am Gewinn und Verlust haben soll, nicht als massgebend gelten können. Denn hier ist nicht wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes die Stellung der Gesellschafter grundsätzlich die gleiche, sondern im Gegenteil ganz verschieden, da sich ja der stille Gesellschafter nicht an seinem eigenen, sondern am Handelsgewerbe eines andern kontraktlich beteiligt, und daher die angezogene Vorschrift des B. G. B. nicht anwendbar[4]).

Dagegen kann der Abs. 2 des § 722 B. G. B. sehr wohl auch bei der stillen Gesellschaft subsidiäre Anwendung finden: Wenn im Gesellschaftsvertrage nur bestimmt ist, in welchem Umfange der stille Gesellschafter sich am Gewinn beteiligt, so gilt diese Bestimmung auch für die Berechnung des Verlustanteiles des stillen Gesellschafters.

Ohne Rücksicht auf die Dauer der stillen Gesellschaft wird aber im Gegensatz zu § 721, Abs. 1 B. G. B. i. V. mit Abs. 2 dieses Paragraphen hier der Gewinn und Verlust stets am Schlusse des Geschäftsjahres berechnet, und der auf den stillen Gesellschafter fallende Gewinn ihm ausbezahlt, § 337, Abs. 1 H. G. B., nicht aber die Verteilung des Gewinns und Verlustes bis zur Auflösung der Gesellschaft verschoben[5]).

Das Maximum des Verlustes, den der stille Gesellschafter zu tragen hat, ist der Betrag seiner Einlage (§ 337, Abs. 2 H. G. B.), darüber hinaus kann er nicht verpflichtet werden, und eine etwaige darauf bezügliche Bestimmung des Gesellschaftsvertrages ist zwar an und für sich nicht ungültig, würde aber die Gesellschaft, bezüglich deren eine solche Vereinbarung getroffen worden ist, des Charakters als stille Gesellschaft entkleiden (vgl. Seuffert, Arch. für die Entsch. der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Bd. II, S. 287). Ist dem stillen Gesellschafter nun am Schlusse des Geschäftsjahres

[4]) Zu demselben Ergebnis, dass die Kopfteilung unanwendbar ist, kommt Bauer a. a. O., Seite 23.

[5]) Ortmann, S. 457.

Gewinn ausgezahlt worden und ergibt sich in den nächsten Jahren Verlust, so ist der stille Gesellschafter trotzdem nicht verpflichtet, den bezogenen Gewinn zurückzuzahlen, es sei denn, dass eine dahin gehende Vereinbarung getroffen worden ist, vgl. § 337, Abs. 2, S. 2 H. G. B., dessen darauf bezügliche Vorschrift dispositiver Natur ist.

Ist hingegen z. B. im ersten Jahre mit Verlust gearbeitet worden, von dem der stille Gesellschafter, der sich mit einer Einlage von 25 000 Mark beteiligt, 3500 Mark zu tragen hat, und kommt im nächsten Jahre auf den Anteil des stillen Gesellschafters ein Gewinn von 4200 Mark, so erhält er am Schlusse des Geschäftsjahres nur 700 Mark ausgezahlt, die übrigen 3500 Mark werden zur Ergänzung der Einlage verwendet (vgl. H. G. B. § 337, Abs. 2 a. E.). Diese 700 Mark kann auch der stille Gesellschafter im Handelsgewerbe des Komplementars stehen lassen, ohne dass er aber dadurch seine Einlage vermehrt, sofern nicht ein anderes vereinbart ist, § 337, Abs. 3 H. G. B. Der stehen gebliebene Gewinn hat den Charakter eines Guthabens, dessen Auszahlung aber trotz inzwischen eingetretener Verluste später seitens des Komplementars nicht verweigert werden darf (R. O. H. G., Bd. 13, S. 65). Auf Verlangen des Komplementars darf andererseits der stille Gesellschafter die Annahme des auf ihn entfallenden Gewinnanteils nicht verweigern, sondern würde dadurch in Gläubigerverzug geraten, der Komplementar demgemäss auch vom Einstehen für diligentia quam suis befreit sein und nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu haften haben (§ 300 B. G. B.).

Um nun dem stillen Gesellschafter die Möglichkeit zu geben, selbst zu prüfen, ob die von dem Komplementar aufgestellte Bilanz richtig ist, gestattet ihm § 338, Abs. 1 H. G. B., von dem Komplementar abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. Beim Vorliegen wichtiger Gründe — ob dieselben vorliegen, entscheidet ev. das Gericht — kann letzteres die Mitteilung einer Bilanz oder sonstiger

Aufklärungen, sowie die Vorlegung der Bücher und Papiere jederzeit anordnen. § 338, Abs. 2 H. G. B.

Ist der Komplementar Minderkaufmann, so wird er dadurch nicht etwa verpflichtet, Bücher zu führen und aufgrund derselben dem stillen Gesellschafter die jährliche Bilanz mitzuteilen. Er wird daher entweder dem stillen Gesellschafter in regelmässigen Zwischenräumen Mitteilung von dem Abschluss der einzelnen Geschäfte machen müssen oder aber auf Verlangen diesem am Schlusse des Geschäftsjahres solche Aufzeichnungen — ausgestellte und empfangene Rechnungen und dgl. — vorlegen müssen, dass der stille Gesellschafter die ihm vorgelegte Abrechnung über Gewinn und Verlust prüfen kann. Auch wird der Komplementar, der Minderkaufmann ist, beim Vorliegen wichtiger Gründe auf seitens des Gerichtes bei Antrag des stillen Gesellschafters erfolgte Anordnung jederzeit über den Stand des Geschäftes die nötige Aufklärung geben müssen [6]).

Gegenüber dem Kontrollrecht eines Gesellschafters des bürgerlichen Rechtes, der von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, ist das des stillen Gesellschafters wesentlich eingeschränkt, denn § 338, Abs. 2 H. G. B. bemerkt ausdrücklich, dass die in § 716 B. G. B. dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter eingeräumten weiteren Rechte — nämlich das Recht, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft jederzeit persönlich zu unterrichten und sich selbst aus den Geschäftsbüchern und Papieren der Gesellschaft eine Übersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anzufertigen — dem stillen Gesellschafter nicht zustehen.

Beide Vorschriften — sowohl § 716, Abs. 1 B. G. B. als auch § 338, Abs. 1 H. G. B — sind aber nicht zwingenden Rechtes, denn aus § 716, Abs. 2 B. G. B. geht unzweifelhaft hervor, dass das Recht des Gesellschafters auf Einsicht und Prüfung beschränkt, ja sogar ausgeschlossen werden kann, und dies gilt auch für das Handelsrecht. Andererseits muss

[6]) vgl. zu der Frage: Behrend, a. a. O., § 93, Anm. 19 und Staub, Anm. 5 zu § 338 H. G. B.

aber sowohl dem Gesellschafter des B. G. B. wie dem des H. G. B. trotz der Vereinbarung, dass ihm jede Prüfung entzogen sei, das ihnen im § 716, Abs. 1 B. G. B. bezw. § 338, Abs. 1 H. G. B. gegebene Recht eingeräumt werden, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht. Hier wird dann wieder der Richter auf die Klage des Gesellschafters zu entscheiden haben, ob diesem die gesetzlich bestimmten Rechte zustehen.

3. Kapitel.

§ 5.

Das Gesellschaftsverhältnis nach aussen.

a) bei der Gesellschaft des B. G. B.

Während die §§ 709—713 B. G. B. das Recht der Gesellschafter zur Geschäftsführung nach innen regeln, bestimmt sich das Recht zur Vertretung der Gesellschaft nach aussen, d. h. Dritten gegenüber nach den §§ 714 und 715 B. G. B.

Steht einem Gesellschafter laut dem Gesellschaftsvertrage die Befugnis zu, die Geschäfte der Gesellschaft nach innen zu führen, so ist er deswegen noch nicht gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft nach aussen. Vielmehr ist nach dem Gesetze nur die Gesamtheit der Gesellschafter zu dieser Vertretung nach aussen berechtigt, kann aber entweder einem oder mehreren Gesellschaftern oder auch einem Dritten Vollmacht zur Vertretung nach aussen erteilen. Da jedoch die mit der Geschäftsführung betrauten Gesellschafter in der Regel auch die Vertretung nach aussen haben werden, so bestimmt der § 714 B. G. B., dass die geschäftsführenden Gesellschafter im Zweifel auch zur Vertretung der übrigen Gesellschafter — nicht der Gesellschaft, denn diese ist kein selbständiges Rechtssubjekt — nach aussen ermächtigt sind.

Man könnte hier den Einwand erheben, dass ja das H. G. B. selbst (vgl. § 125 H. G. B.) von einer Vertretung der offenen Handels g e s e l l s c h a f t (nicht der Gesellschafter) spricht, doch darf man dabei nicht an ein von den Gesell-

schaftern getrenntes Rechtssubjekt denken, vielmehr ist darunter die auf dem Gesamthandprinzip beruhende Vereinigung aller Gesellschafter zu verstehen. Wenn man diesen Begriff mit dem Ausdruck „Gesellschaft" verbindet, so kann man unbedenklich auch für das bürgerliche Recht von einer Vertretung der Gesellschaft sprechen. Das Gesetz selbst jedoch gebraucht — um Missverständnissen vorzubeugen — den Ausdruck „Vertretung der Gesellschafter" (vgl. § 714 B. G. B.).

Ist demnach einem einzigen die Geschäftsführung nach innen übertragen, so steht ihm im Zweifel auch allein das Recht zu, im Namen der Gesellschafter mit Dritten zu verhandeln, Anschaffungs und Veräusserungsgeschäfte abzuschliessen, den Absatz der Erzeugnisse zu vermitteln und dgl. Steht das Recht zur Geschäftsführung mehreren zu (§ 710 B. G. B.), so haben diese auch gemeinschaftlich die anderen Gesellschafter nach aussen zu vertreten, und sind nur gemeinsam zur Eingehung der Verbindlichkeiten und dgl. berechtigt. Soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrage ein anderes ergibt, bestimmen sich dabei die Rechte und Pflichten der geschäftsführenden Gesellschafter nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664 bis 670 B. G. B. (§ 713 B. G. B.)[1]).

Der geschäftsführende Gesellschafter kann sich also, um es kurz anzudeuten, einen Gehülfen zuziehen, für den er gemäss § 278 B. G. B. die Verantwortung trägt, nicht aber die Ausführung der Geschäfte einem anderen übertragen (§ 664). Er hat unter Umständen das Recht, von den ihm seitens der übrigen Gesellschafter erteilten Weisungen abzuweichen (§ 665), ist zur Auskunftserteilung verpflichtet, braucht aber gemäss § 721 erst nach Auflösung der Gesellschaft oder am Schlusse des Geschäftsjahres Rechnung zu legen und das, was er zur Ausführung des Auftrages erhalten oder was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, herauszugeben. Verwendet er ihm anvertrautes Geld in seinem eigenen Interesse, so muss

[1]) Planck, S. 462/463.

er es verzinsen (§ 668). Er kann aus dem Gesellschaftsvermögen Vorschuss und für Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte, Ersatz verlangen.

Dies die Normen im Prinzip; doch lassen sich auch hier eine Menge vertragsmässiger Variationen denken. Es kann z. B. einem Gesellschafter allein die Geschäftsführung zustehen, er kann auch allein zur Vertretung der anderen Gesellschafter nach aussen berechtigt, aber in dieser Vertretung an die Zustimmung der übrigen Gesellschafter gebunden sein. Oder es kann auch ein nicht zur Geschäftsführung berechtigter Gesellschafter durch Spezialvollmacht nach den allgemeinen Regeln der §§ 164 ff. B. G. B. mit der Vertretung beauftragt sein und dgl. [2]).

Durch den Abschluss der Geschäfte seitens des oder der zur Vertretung berechtigten Gesellschafter werden die übrigen Gesellschafter gemäss § 427 B. G. B. solidarisch und unbeschränkt verpflichtet, d. h. die Gläubiger sind berechtigt, ihre Befriedigung auch in dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter zu suchen. Die Haftungsbeschränkung der letzteren gemäss § 707 B. G. B. hat nur für die Innenseite der Gesellschaft Bedeutung. Doch kann im Wege des Vertrages die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt werden [3]).

b) bei der stillen Gesellschaft.

Ein wesentlich anderes Bild bietet in der Frage der Vertretung nach aussen die stille Gesellschaft. Hier braucht nicht ein Gläubiger sich zu vergewissern, ob der Komplementar Vollmacht zum Abschluss hat, wenn ja, ob in vollem Umfange oder beschränkt, wie dies bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes fast immer nötig sein wird, um sich an das Gesellschaftsvermögen halten zu können, sondern hier ist der Komplementar nach aussen hin — im Gegensatz auch zu der

[2]) vgl. des näheren Knoke, S. 72 ff.

[3]) Ortmann, S. 452, 455; Cosack, Lehrbuch d. deutsch. bürg. R., Bd. II, S. 367, Knoke, S. 79 f.

verwandten Kommanditgesellschaft — aus den im Betriebe seines Handelsgewerbes abgeschlossenen Geschäften durchaus allein berechtigt und verpflichtet, ohne irgendwie einer Vollmacht zu bedürfen.

Für die Frage der Schuldenhaftung ergibt sich aus dem Wesen der stillen Gesellschaft folgende Rechtslage:

Der Gläubiger selbst kann sich stets nur an den Inhaber des Handelsgewerbes halten, es sei denn, dass ein besonderer Verpflichtungsgrund für die Mithaft des stillen Gesellschafters hinzutritt, z. B. aus einer Bürgschaft oder der Bekanntmachung der stillen Gesellschaft in der Zeitung oder durch Zirkulare bei Gewerbetreibenden und dgl., worin unter Umständen ein Kreditauftrag im Sinne des § 778 B. G. B. erblickt werden kann, indem gerade durch diese Mitteilungen von dem Abschluss einer stillen Gesellschaft, vielleicht sogar von der Person des stillen Teilhabers der dem Komplementar zu gewährende Kredit erhöht und zugleich auf eine sichere Basis gestellt werden soll. Der Umstand allein, dass der Name des stillen Gesellschafters in der Firma steht, begründet dagegen — im Gegensatz zu Art. 257 des alten H. G. B. — keine persönliche und solidarische Haftung mehr.[4])

4. Kapitel.

Die Auflösung der Gesellschaft.

§ 6.

Die Auflösungsgründe und ihre Wirkung im Allgemeinen.

a) Bei der Gesellschaft des B. G. B.

Der natürlichste Auflösungsgrund für eine Gesellschaft ist die Erreichung des vereinbarten Zweckes, zu dessen gemeinsamer Erzielung sich die Gesellschafter verbunden hatten. Diesem wichtigsten Auflösungsgrund steht als zweiter gegenüber, das Unmöglichwerden der Erreichung dieses Zweckes (§ 726 B. G. B.). Auch kann natürlich die Auf-

[4]) Staub, S. 1001, Anm. 37.

lösung der Gesellschaft durch gegenseitige einstimmige Vereinbarung der Gesellschafter erfolgen.

Daneben kennt das Gesetz noch eine Reihe anderer Auflösungsgründe und zwar Kündigung durch einen Gesellschafter oder den Privatgläubiger eines solchen, den Tod und den Konkurs eines Gesellschafters.

1. Kündigung des Gesellschafters. Jedem Gesellschafter steht es frei, falls nicht die Gesellschaft für eine bestimmte Zeit eingegangen ist, dieselbe jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen und dadurch die Auflösung und Auseinandersetzung herbeizuführen. Selbst wenn aber die Gesellschaft für eine bestimmte Zeit eingegangen oder eine bestimmte Kündigungsfrist vereinbart worden ist, kann die Kündigung vor Ablauf dieser Zeit bezw. ohne Innehaltung der Kündigungsfrist erfolgen, falls ein wichtiger Grund vorliegt[1]). Als wichtigen Grund führt das Gesetz (vgl. § 723, Abs. 1. B. G. B.) insbesondere die vorsätzliche oder aus grober Fahrlässigkeit erfolgte Verletzung einer einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage obliegenden Verpflichtung oder das Unmöglichwerden der Erfüllung einer solchen Verpflichtung an. Eine auf Lebenszeit abgeschlossene Gesellschaft steht einer auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen gleich und kann also ebenfalls unter den eben geschilderten Voraussetzungen gekündigt werden, denn das Gesetz will nicht, dass jemand durch den — übereilten — Abschluss einer solchen Gesellschaft zeitlebens gebunden ist. Diese Bestimmung ist natürlich zwingenden Rechtes.

Die Kündigung muss allen übrigen Gesellschaftern gegenüber erfolgen, die Kündigung gegenüber der Gesellschaft genügt nicht[2]); hat jedoch die Gesellschaft einen Geschäftsführer, so braucht die Kündigung nur diesem gegenüber zu ergehen, denn er vertritt — im Zweifel — nicht nur die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber, d. h. nach aussen — vgl. § 714 B. G. B. —, sondern führt auch die Geschäfte

[1]) Planck, S. 471.

[2]) E. R. G., Bd. 21, S. 93.

der Gesellschaft nach innen — § 709 B. G. B. Führt er aber die Geschäfte der Gesellschaft nach innen, so muss auch ihm allein gegenüber die Kündigung der Gesellschaft als nach innen, auf das Verhältnis der Gesellschafter zu einander wirkend, statthaft und ausreichend sein[3]). Die Kündigung der Gesellschaft darf jedoch nicht zur Unzeit erfolgen, d. h. nicht zu einer Zeit, wo die Gesellschaft durch dieselbe einen unverhältnismässig grossen Schaden erleiden, etwa die Auflösung wichtiger, die Lebensfähigkeit der Gesellschaft bedingender Geschäftsverbindungen die Folge sein würde.

Indes fällt auch diese Einschränkung wieder fort, wenn ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt — § 723, Abs. 2, B. G. B. Ist also z. B. die Kündigung einer auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Gesellschaft vor Ablauf dieser Zeit erfolgt, so muss der Richter eventl. prüfen, ob ein wichtiger Grund für die Kündigung vorhanden ist und bei Einwendung der übrigen Gesellschafter, es sei zwar ein wichtiger Grund für die Kündigung vorhanden, diese aber zur Unzeit erfolgt, untersuchen, ob dieser Grund so wichtig ist, dass er auch eine Kündigung der Gesellschaft zur Unzeit rechtfertigt.

Zwar bewirkt auch die unzeitige und ohne wichtigen Grund erfolgte Kündigung die Auflösung der Gesellschaft, verpflichtet aber den betreffenden Gesellschafter zum Ersatz des den anderen Gesellschaftern entstehenden Schadens (§ 723, Abs. 2, B. G. B.)[4]).

Durch Vertrag ausgeschlossen kann das Kündigungsrecht nicht werden, denn sonst könnte ja eine Gesellschaft, die auf unbestimmte Zeit geschlossen ist, nicht ohne die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter gelöst werden, was das Gesetz eben verhindern will, und deshalb ist eine Vereinbarung, wonach die Kündigung der Gesellschaft ausgeschlossen sein soll, nichtig. Auch die Vereinbarung einer übermässig

[3]) Ebenso Örtmann, S. 458, a. A. Knoke, S. 107; Planck, S. 472.

[4]) Örtmann, S. 459; Planck, S. 472.

angen Kündigungsfrist wird als gegen die guten Sitten verstossend zu betrachten sein[5]).

Der § 723 enthält demnach zwingendes Recht, wenigstens insoweit, als das Kündigungsrecht, wie es dort normiert ist, nicht beschränkt werden kann; eine weitere Ausdehnung desselben wird man ohne Bedenken gestatten können[6]).

Hinsichtlich der Kündigung durch einen Gesellschafter kann im Gesellschaftsvertrage bestimmt sein, dass, wenn dieselbe erfolgt, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern weiterbestehen soll. In diesem Falle scheidet der kündigende Gesellschafter mit dem Augenblicke der Kündigung aus (§ 736 B. G. B).

2. Kündigung des Gläubigers. Dadurch, dass einem Gesellschafter die Verfügung über seinen Anteil an dem Geschäftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen entzogen ist (vgl. § 719 B. G. B.), können seine Gläubiger in eine schwierige Lage geraten, falls das ganze Vermögen des Schuldners etwa zum Gesellschaftsvermögen gehört. Deshalb musste eine Möglichkeit für den Zugriff eines Privatgläubigers geschaffen werden, wie sie in das Gesetz auch bei der zweiten Lesung tatsächlich aufgenommen worden ist.

Der Gläubiger kann nämlich den Anteil seines Schuldners am Gesellschaftsvermögen pfänden lassen (vgl. § 859 C. O. P.), und wenn dieser Schuldtitel rechtskräftig geworden ist, durch fristlose Kündigung die Auflösung und Auseinandersetzung der Gesellschaft bewirken, § 725 B. G. B. Ein bloss vorläufig vollstreckbarer Schuldtitel genügt dabei nicht, „weil die Kündigung einen nicht wieder rückgängig zu machenden Eingriff in die Rechtslage der Gesellschafter enthält und die Gesellschaft endgültig zum Erlöschen bringt“[7]). Auch dieser § unterliegt nicht der Aenderung durch Vertrag.

[5]) Örtmann, S. 460; Knoke, S. 105.

[6]) Örtmann, S. 460; Knoke, S. 110.

[7]) Planck, S. 473; Protokolle II, S. 2455.

Die Kündigung kann hier in jedem Falle ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist erfolgen, selbst wenn die Gesellschaft auf bestimmte Zeit abgeschlossen ist oder der Gesellschafter selbst laut Vertrages zur Einhaltung einer Kündigungsfrist verpflichtet sein sollte, da es sich um ein originäres Recht des Privatgläubigers handelt[8]).

Eine dem § 736 B. G. B. entsprechende Bestimmung, dass die Gesellschaft auch bei Kündigung eines Privatgläubigers unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen könne, hat das Gesetz nicht getroffen. Doch dürfte eine darauf hinauszielende Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage Bedenken in keiner Weise unterliegen, da ja der kündigende Gläubiger nicht ein Interesse daran hat, dass die Gesellschaft durch seine Kündigung aufgelöst werde, sondern dass er den Anteil des betreffenden Gesellschafters zu seiner Befriedigung verwenden könne[9]).

3. Tod. Eine Gesellschaft wird weiter aufgelöst durch den Tod eines Gesellschafters, sofern nicht im Vertrage das Gegenteil vereinbart ist (vgl. § 727 B. G. B.). Ist eine solche Vereinbarung nicht getroffen worden, so haben die Erben des verstorbenen Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern den Tod unverzüglich anzuzeigen und, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist, die dem Erblasser etwa durch den Gesellschaftsvertrag übertragenen Geschäfte fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihnen anderweitig Fürsorge treffen können[10]).

In gleicher Weise sind die übrigen Gesellschafter einstweilen zur Fortführung der ihnen übertragenen Geschäfte verpflichtet. Insoweit gilt die Gesellschaft als fortbestehend (§ 727, Abs. 2, B. G. B.).

Die Erben haften für die ihnen obliegenden Funktionen, ebenso wie der Erblasser, für die Sorgfalt, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen.

[8]) Knoke, S. 109; Planck, S. 473.
[9]) Zustimmend Knoke, S. 127; Planck, S. 460.
[10]) Planck, S. 421, 475.

4. Konkurs. Die einschlägige Bestimmung enthält der — dispositive — § 728 B. G. B. Jus cogens liegt in dieser Vorschrift allerdings insofern, als der in Konkurs geratene Gesellschafter stets aus der Gesellschaft ausscheiden muss und eine Vereinbarung unter den Gesellschaftern, dass trotz Konkurses eines von ihnen die Gesellschaft unter allen weiterbestehen solle, zweifellos ungültig ist. Das Vermögen dieses Gesellschafters, das im Gesellschaftsvermögen steckt, soll ja gerade durch sein Ausscheiden und die ihm infolgedessen zustehende Auszahlung dessen, was ihm bei der Auseinandersetzung zufallen würde, frei werden, sodass es in die Konkursmasse fällt. Eine Vereinbarung der oben geschilderten Art würde sehr zum Schaden der Konkursgläubiger sein und ist deshalb unzulässig. Der betreffende Gesellschafter *muss* also ausscheiden, eine Auflösung der Gesellschaft ist jedoch insofern nicht erforderlich, als im Gesellschaftsvertrage bestimmt sein kann, die Gesellschaft solle unter den übrigen fortbestehen (§ 736 B. G. B.). Auch diese Vorschrift entstammt dem Rechte des H. G. B. § 138 und kommt einem „unverkennbaren praktischen Bedürfnis" entgegen [11]).

Hat die Gesellschaft nur zwischen zwei Personen bestanden, so wird sie durch Konkurs des einen natürlich stets aufgelöst, sind jedoch mehr als zwei Gesellschafter vorhanden, und eine dahin gehende Vereinbarung getroffen, so scheidet beim Eintritt des Konkurses der betreffende Gesellschafter einfach aus, und die Gesellschaft besteht jetzt nur zwischen den übrigen, sonst aber wie früher weiter. (Über die Rechtsfolgen dieses Austritts vgl. den nächsten §).

Im Falle des Konkurses eines Gesellschafters finden die Vorschriften des § 727, Abs. 2, S. 2/3, B. G. B. entsprechende Anwendung, d. h. falls mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, haben die übrigen Gesellschafter einstweilen für die Fortführung der ihnen übertragenen Geschäfte zu sorgen, und insoweit gilt auch hier die Gesellschaft als fortbestehend. Eine dem § 727, Abs. 2, S. 1, analoge Vorschrift, dass der

[11]) Motive, S. 630.

Gemeinschuldner oder der an seine Stelle tretende Konkursverwalter bei Gefahr im Verzuge zur Fortführung der Geschäfte verpflichtet wäre, fehlt.

Wegen ihrer auf die Gesellschaft sich gründenden Forderungen können die Gesellschafter beim Konkurse des einen von ihnen aus dem Anteile desselben am Gesellschaftsvermögen, wie er bei der Teilung oder sonstigen Auseinandersetzung ermittelt worden ist, abgesonderte Befriedigung verlangen (§ 51 K. O. Reicht dieser Anteil nicht zur vollen Befriedigung aus. so sind sie wegen des Restbetrages Konkursgläubiger. Eine besondere Stellung nimmt dabei noch ein geschäftsführender Gesellschafter ein. Er ist hinsichtlich der ihm aus § 728, S. 2, d. h. aus der einstweiligen Fortführung der Geschäfte zustehenden Ansprüche Massegläubiger, hinsichtlich der Ansprüche aus § 729 (Fortführung der Geschäfte wegen Unkenntnis vom Konkurs) Konkursgläubiger, weil in diesem Falle die Nichteröffnung des Konkurses und damit das Weiterbestehen der Gesellschaft nur zu seinen Gunsten angenommen wird und deshalb seine sich darauf gründenden Ansprüche den vor der Eröffnung des Konkurses entstandenen gleichgestellt sein müssen. Dabei stehen ihm aber natürlich auch noch als socius inter socios die Ansprüche aus dem zitierten § 51 K. O. zu, vgl. § 28 K. O.[12]).

Jeder Auflösungsgrund bewirkt ausser der Endigung des Gesellschaftsverhältnisses, dass mit seinem Eintritt die Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung erlischt, denn diese Befugnisse sind nur für die Zeit des Bestehens der Gesellschaft gegeben und cessieren eben mit ihrer Auflösung. Wird die Gesellschaft durch Kündigung aufgelöst, so fällt damit das Recht zur Geschäftsführung in jedem Falle hinweg, denn die Kündigung muss ja in der Regel allen Gesellschaftern erklärt, beim Vorhandensein eines oder mehrerer geschäftsführender Gesellschafter kann sie diesen allein erklärt werden (vgl. oben). Der Geschäftsführer erhält also hier immer

[12]) Planck, S. 475; Wolff, Konkursordnung, Berlin 1900, S. 124.

Kenntnis von der Auflösung der Gesellschaft. In den anderen Fällen besteht die Möglichkeit, dass er nicht sogleich etwas von der Auflösung der Gesellschaft erfährt, und deshalb gilt hier zu seinen Gunsten die ihm übertragene Befugnis insoweit als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntnis erlangt oder die Auflösung kennen muss, damit ihm nicht daraus, dass er im guten Glauben, aber ohne Vertretungsbefugnis mit Dritten unterhandelt, Schaden erwächst. Die Sorgfalt, die er anzuwenden hat, ist auch hier wiederum die in eigenen Angelegenheiten[13]).

b) bei der stillen Gesellschaft.

Dieselben Auflösungsgründe, wie bei der Gesellschaft des B. G. B. finden wir auch bei der stillen Gesellschaft des H. G. B. wieder, mit Ausnahme einer einzigen: Durch den Tod des stillen Gesellschafters nämlich wird die stille Gesellschaft nicht aufgelöst. Doch kann dies nach einer Vereinbarung zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter auch der Fall sein.

Wir finden also hier gerade das entgegengesetzte Prinzip wie im bürgerlichen Recht, dessen Bestimmung in § 727, Abs. 1 aber wieder für die Person des Komplementars Platz greift: durch dessen Tod wird grundsätzlich die Auflösung der stillen Gesellschaft herbeigeführt. „Der Grund dieser Verschiedenheit liegt auf der Hand. Die Rechte und Pflichten des stillen Gesellschafters sind ausschliesslich pekuniärer Natur, seine Person ist bei ihnen völlig gleichgültig, die des Geschäftsinhabers dagegen nicht, denn regelmässig hängt der ganze Geschäftsbetrieb und dessen Ergebnis von der Individualität des Geschäftsinhabers ab"[14]). Demgemäss hat auch § 727, Abs. 2 Anwendung zu finden, der Erbe des Komplementars hat den Tod desselben dem stillen Gesellschafter unverzüglich anzuzeigen und ev. die dem Erblasser obliegenden Geschäfte einstweilen zu führen. Der stille Ge-

[13]) Planck, S. 476.

[14]) Lastig, a. a. O., S. 771.

sellschafter ist zur Fortführung der Geschäfte der stillen Gesellschaft nur verpflichtet, wenn ihm solche durch den Gesellschaftsvertrag übertragen sind, denn gesetzlich steht ja die Geschäftsführung nicht ihm zu, sondern im Gegenteil dem Inhaber des Handelsgewerbes [15]).

Grössere Abweichungen, als die eben geschilderten, zeigt gegenüber dem Rechte der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht die Lehre von der Kündigung der stillen Gesellschaft durch den stillen Gesellschafter oder einen Gläubiger desselben. Begründet sind diese Abweichungen in der eigentümlichen Zwitterstellung der stillen Gesellschaft zwischen der gewöhnlichen zivilrechtlichen Gesellschaft und den Handelsgesellschaften, namentlich der Kommanditgesellschaft. Hier hat das Recht eben darauf Rücksicht genommen, dass es in der Hauptsache Kaufleute und zwar Vollkaufleute sein werden — wenigstens gilt das fast durchweg von der Person des Komplementars, der nun einmal als Geschäftsinhaber der wesentlichste Faktor bei der stillen Gesellschaft ist — die eine stille Gesellschaft eingehen und für die es oft zum wirtschaftlichen Ruin führen würde, wenn die stille Gesellschaft nach den Vorschriften des B. G. B. durch Kündigung jederzeit sofort aufgelöst werden könnte [16]).

Bei der stillen Gesellschaft sollen vielmehr, was die Kündigung durch einen der Gesellschafter oder durch einen Gläubiger des stillen Gesellschafters betrifft, dieselben Vorschriften Anwendung finden wie bei der offenen Handelsgesellschaft. Dagegen bleiben die Vorschriften des § 723 B. G. B. über das Recht, die Gesellschaft aus wichtigen Gründen ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen, unberührt.

Danach ergiebt sich folgendes Bild: Es kann, ebenso wie nach bürgerlichem Recht, zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter vereinbart sein, dass die stille Gesellschaft auf bestimmte, auf unbestimmte Zeit oder auf Lebenszeit abgeschlossen sein soll. Im ersteren Falle dauert

[15]) Staub I, S. 1006.
[16]) Lastig, S. 114; Denkschrift, S. 185.

die Gesellschaft bis zum Ablauf dieser Zeit, wenn nicht etwa ein Grund für vorzeitige Kündigung eintritt (vgl. § 723, Abs. 1, S. 2, B. G. B.), im anderen Falle kann die Kündigung aber nicht wie nach bürgerlichem Rechte jeden Augenblick ergehen, sondern muss für den Schluss eines Geschäftsjahres und mindestens 6 Monate vor diesem Zeitpunkt erfolgen (§ 339, Abs. 1, H. G. B.).

Auch bei der stillen Gesellschaft gilt der Grundsatz, dass sie, wenn sie für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen ist oder nach dem Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird, als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt und demgemäss auch mit sechsmonatlicher Kündigungsfrist für den Schluss eines Geschäftsjahres aufgekündigt werden kann.

Auch hier ist die Kündigung der Gesellschaft durch einen Privatgläubiger des stillen Gesellschafters möglich, doch sind die Voraussetzungen für die Kündigung im Vergleich zum bürgerlichen Recht wesentlich erschwert. Vorausbemerkt sei noch, dass das Gesetz nur einem Privatgläubiger des stillen Gesellschafters das Recht auf Kündigung zugesteht, aber dem Gläubiger des Komplementars brauchte auch diese Befugnis nicht vorbehalten zu werden, denn da es das Vermögen des Komplementars ist, mit dem er das Handelsgewerbe betreibt — Gesellschaftsvermögen giebt es ja, wie bereits erörtert, bei der stillen Gesellschaft nicht — so kann sich der Gläubiger ohne weiteres an das Vermögen des Schuldners halten und braucht dies nicht erst durch Kündigung seinem Zugriff zugänglich zu machen. Anders liegt die Sachlage für den Privatgläubiger des stillen Gesellschafters. Denn des letzteren Einlage ist ja in das Vermögen des Komplementars übergegangen und muss durch die Kündigung erst von diesem Vermögen getrennt werden.

Bevor der Gläubiger aber zur Kündigung schreiten kann, muss er nachweisen, dass innerhalb der letzten 6 Monate in das bewegliche Vermögen des stillen Gesellschafters von ihm oder von einem anderen eine fruchtlose Pfändung versucht

worden ist[17]). Die erfolglose Zwangsvollstreckung wird bewiesen durch ein Protokoll des Gerichtsvollziehers (§ 762 C. P. O.).

Auf Grund dieses Beweismittels muss dann der Gläubiger die Ausfertigung eines nicht blos vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels beantragen und kann dann erst, nachdem mit Hilfe dieses Schuldtitels die Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf dasjenige bewirkt ist, was dem stillen Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, die stille Gesellschaft 6 Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres für diesen Zeitpunkt kündigen (§ 135 H. G. B.). Die Kündigung muss an den Geschäftsinhaber als den Eigentümer des Vermögens gerichtet sein und bewirkt die Auflösung der Gesellschaft.

Diese Folge hat aber nur die Pfändung des Auseinandersetzungsguthabens bezw. der ganzen Einlage des stillen Gesellschafters; wird etwa nur der dem stillen Gesellschafter gemäss § 337 H. G. B. zustehende Gewinnanteil gepfändet, so bleibt die Gesellschaft natürlich weiter bestehen[18]).

§ 7.

Die Auseinandersetzung als Wirkung der Auflösung im Besonderen.

a) bei der Gesellschaft des B. G. B.

Mit dem Eintreten eines Auflösungsgrundes ist grundsätzlich zwar die Gesellschaft erloschen, nicht aber die Rechte der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen und ihre Verpflichtungen den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber. Es ist deshalb ein besonderes Auseinandersetzungsverfahren nötig zur Befriedigung dieser Rechte und Berichtigung der Verpflichtungen, und so dient denn die vom Gesetz statuierte Auseinandersetzung namentlich dazu, festzustellen, welche Schulden die Gesellschaft hat, ferner dazu, die schwebenden

[17]) Staub I, S. 438; Bauer, S. 85.

[18]) Bauer, S. 86.

Geschäfte zum Abschluss zu bringen eventl. noch, soweit es notwendig ist, neue einzugehen, das tatsächliche Vermögen der Gesellschaft zu ermitteln und demgemäss dann dasselbe unter die einzelnen Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Anteile am Gewinn zu verteilen (§ 730 i. V. mit § 734 B. G. B.).

Die Vorschriften, die das B. G. B. über diesen Auseinandersetzungsprozess, über dieses Liquidationsverfahren gibt, sind zunächst dispositiver Natur (§ 731 B. G. B.), und die Gesellschafter können entweder schon beim Abschluss der Gesellschaft im Gesellschaftsvertrage oder auch erst nach der Auflösung der Gesellschaft andere Regeln für die Auseinandersetzung aufstellen [1]).

Im Zweifel geht nach der Auflösung das Recht eines oder mehrerer Gesellschafter zur Geschäftsführung unter, und dieselbe steht nunmehr während des Liquidationsverfahrens allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. Stirbt ein Gesellschafter, so treten seine Erben in ihrer Gesamtheit an seine Stelle und das Recht des Erblassers steht ihnen nunmehr zur gesamten Hand zu [2]).

Die Auseinandersetzung beginnt damit, dass den Gesellschaftern, welche der Gesellschaft Gegenstände zur Benutzung überlassen haben, diese zurückgegeben werden. Dabei kann, wenn dieselben durch Zufall verloren gegangen oder verschlechtert worden sind, Ersatz von den anderen Gesellschaftern nicht verlangt werden, denn dieser Schaden wäre wahrscheinlich auch entstanden, wenn die Gegenstände nicht aus dem Gewahrsam des betreffenden Gesellschafters herausgekommen wären. Dagegen steht diesem natürlicherweise ein Schadensersatzanspruch dann zu, wenn ein vertretbares Verschulden der anderen Gesellschafter vorliegt. Diese sind ja zur Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten verpflichtet und müssen natürlich dem Eigentümer der ihnen zur Benutzung überlassenen Sachen für ordnungsmässige Benutzung

[1]) Planck, S. 477; Knoke, S. 116.

[2]) Ebenso Knoke, S. 117; a. A. E. R. G., Bd. XVI, S. 56 und dem anschliessend Staub I, S. 449.

derselben einstehen. Haben die Gesellschafter auf gemeinschaftliche Geschäftsführung verzichtet und die Führung der Geschäfte einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen, so haften sie für deren Verschulden bei Benutzung der betreffenden Gegenstände gemäss § 278 B. G. B. wie für eigenes Verschulden[3]).

Aus dem Gesellschaftsvermögen, wie es nunmehr nach Rückerstattung der zum Gebrauch überlassenen Gegenstände sich ergibt, werden zunächst die Schulden der Gesellschaft beglichen. Bei dieser Begleichung werden aber nicht nur die gemeinschaftlichen Schulden berücksichtigt, für die die Gesellschafter solidarisch haften, sondern auch diejenigen, welche den Gläubigern gegenüber aus irgend einem Grunde z. B. kraft Vertrages unter die Gesellschaft geteilt sind. Doch müssen es natürlich auch Schulden sein, für die die Gesellschafter eben in ihrer Eigenschaft als solche verpflichtet sind (vgl. Motive S. 628), die für das Verhältnis nach innen gemeinschaftliche Schulden sind, ohne dass nach aussen hin eine gemeinschaftliche Verpflichtung zu bestehen braucht, Privatschulden scheiden demgemäss von vornherein aus[4]). Es gehören ferner dazu die Schulden, für welche einem Gesellschafter die übrigen Gesellschafter als Schuldner haften, sei es, dass wiederum solidarische Haft, wie gewöhnlich, Platz greift, oder aber die anderen Gesellschafter nur pro parte haften. Namentlich gehören hierher die Ersatzansprüche für Auslagen und Aufwendungen aller Art, bei der Geschäftsführung und dgl. Selbstverständlich greift aber die Regel nur bei wirklichen Ansprüchen aus der Gesellschaft, aus dem Gesellschaftsverhältnis Platz, Privatverpflichtungen der Gesellschafter gegenüber einem anderen Gesellschafter können natürlich hier keine Berücksichtigung finden[5]).

[3]) Vgl. Örtmann, S. 464; Planck, S. 478, der dem geschädigten Gesellschafter nur einen Anspruch gegen die geschäftsführenden Gesellschafter geben will, und zur Widerlegung desselben namentlich Knoke, S. 118.

[4]) Örtmann, S. 465.

[5]) Planck, S. 478.

Für eine noch nicht fällige oder streitige Schuld ist das zu ihrer Berichtigung Erforderliche zurückzuhalten (§ 733, Abs. 1, S. 2, B. G. B.).

Nach Tilgung der Schulden sind aus dem nun übrig bleibenden Gesellschaftsvermögen die Einlagen der Gesellschafter zurück zu erstatten. Dabei ist ein Gesellschafter, der eine nicht in Geld bestehende Einlage z. B. ein Fabrikgebäude oder dgl. geleistet hat, nicht verpflichtet, diese Einlage so zurückzunehmen, wie er sie geleistet hat — er kann dies natürlich aber tun, wenn es ihm beliebt und die anderen Gesellschafter damit einverstanden sind — sondern von dieser Einlage ist der Wert zu ersetzen, den sie zur Zeit der Einbringung gehabt hat, § 733, Abs. 2, B. G. B. Hieraus erhellt, dass etwaiger Verlust und Gewinn, soweit er diese Einlage betrifft, z. B. Brand des Fabrikgebäudes oder erheblich gesteigerter Wert infolge veränderter Terrainverhältnisse, etwa bei Anlegung neuer Strassen und Plätze, die Gesellschaft trifft bezw. ihr zufällt. Der betreffende Gesellschafter hat eben bei der Auseinandersetzung den Wert zur Zeit der Einbringung zu verlangen, hat aber keinen Anspruch auf ein etwaiges plus und ebensowenig kann ihm die Tragung eines Ausfalls allein auferlegt werden, sondern er partizipiert in dem Masse an diesem Gewinn bezw. Ausfall, wie er an allen anderen Gewinnen und Verlusten teilnimmt[6]).

Dagegen kann ein Gesellschafter für die Einlage, die in Leistung von Diensten oder in der Ueberlassung der Benutzung eines Gegenstandes bestanden haben, Ersatz nicht verlangen (§ 733, Abs. 2, S. 3, B. G. B.).

Soweit es zur Berichtigung der Schulden und zur Rückerstattung der Einlagen, was namentlich der Fall sein wird, wenn nicht in Geld bestehende Einlagen geleistet sind, erforderlich ist, muss das Gesellschaftsvermögen in Geld umgesetzt werden.

---

[6]) Örtmann, S. 465; Knoke, S. 120; Planck, S. 458 478.

Sodann wird der nach Tilgung der gemeinschaftlichen Schulden und der Rückerstattung der Einlagen sich ergebende Ueberschuss unter die Gesellschafter nach Massgabe ihrer Anteile am Gewinn — also im Zweifel zu gleichen Teilen (§ 722 B. G. B.) — verteilt.

Die Grundsätze, die hier Platz greifen, sind die der Gemeinschaft (§ 731 B. G. B.). Doch kommen dabei nur die §§ 752—754, 757 in Betracht, die anderen sind durch die besonderen für die Gesellschaft gegebenen Bestimmungen ausgeschlossen [7]).

Es erfolgt also, wenn möglich, eine Teilung in Natur, falls eine solche ausgeschlossen ist, gemäss § 735 f B. G. B. die Verwertung der betreffenden Gegenstände nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung. Der sich ergebende Erlös steht den Gesellschaftern zu gesamter Hand zu, der dann unter die einzelnen Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Anteile am Gewinn zu verteilen ist.

Ergibt sich dagegen bei der Auseinandersetzung, dass das Gesellschaftsvermögen zur Tilgung der gemeinschaftlichen Schulden und zur Rückerstattung der Einlagen nicht ausreicht, so hat jeder Gesellschafter den Fehlbetrag in dem Masse zu tragen, wie er am Verluste teilnimmt [8]). Kann von

[7]) Prot. II, S. 3111.

[8]) Sind z. B. 4 Gesellschafter vorhanden, von denen jeder eine Einlage von 3000 Mark gehabt hat, und besteht das Gesellschaftsvermögen bei der Auseinandersetzung aus 10 000 Mark, auf denen noch 2000 Mark Schulden lasten, so sind zuerst diese 2000 Mark zu berichtigen. Angenommen, von diesen 4 Gesellschaftern nähmen 2 zu je $^1/_6$, die beiden anderen zu je $^1/_3$ am Verluste teil, so würden sie den Fehlbetrag im Verhältnis von $^1/_6 : {}^1/_6 : {}^1/_3 : {}^1/_3$ zu tragen haben. Es würde dann kommen auf A und B je $666^2/_3$ Mark, auf C und D je $1333^2/_3$ Mark. Von den restierenden 8000 Mark würden dann erhalten:

A	$1333^1/_3$	Mark
B	$1333^1/_3$	„
C	$2666^2/_3$	„
D	$2666^2/_3$	„
d. s.	8000	Mark.

einem Gesellschafter — infolge Konkurses, fruchtloser Zwangsvollstreckung und dgl. — der auf ihn entfallende Beitrag am Verluste nicht erlangt werden, so haben die übrigen Gesellschafter den Ausfall nach dem gleichen Verhältnis zu tragen, § 735 B. G. B.

Analog dieser Auseinandersetzung ist das Verfahren dann, wenn trotz Tod, Konkurs oder Kündigung eines Gesellschafters nach dem Gesellschaftsvertrage die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll oder wenn ein Gesellschafter, in dessen Person ein die übrigen Gesellschafter nach § 723, Abs. 1, S. 2 zur Kündigung berechtigender Umstand eintritt, aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann[9]).

Scheidet ein Gesellschafter aus den angegebenen Gründen aus, so wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu. Dafür kann dieser beanspruchen, dass er — wie bei der eigentlichen Auseinandersetzung — die der Gesellschaft zur Benutzung überlassenen Gegenstände zurück erhält, wobei er für einen zufällig in Abgang gekommenen oder verschlechterten Gegenstand Ersatz nicht verlangen kann (§ 738 i. V. mit § 732 B. G. B.). Ferner müssen ihn die übrigen Gesellschafter von den gemeinschaftlichen Schulden befreien und ihm dasjenige zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden war. Bei Nichtfälligkeit gemeinschaftlicher Schulden können die

---

Gesetzt den Fall, das Gesellschaftsvermögen betrüge bei der Auseinandersetzung 10 000 Mark, die Schulden 12 000 Mark, so würde der Verlust von 2000 Mark auch im Verhältnis von $^1/_6 : ^1/_6 : ^1/_3 : ^1/_3$ geteilt werden, von Rückerstattung der Einlagen kann natürlich in diesem Falle überhaupt keine Rede sein.

[9]) In diesem Falle wird durch Vermeidung des Ausspruches der Kündigung seitens der übrigen Gesellschafter der völligen Auflösung der Gesellschaft vorgebeugt. Doch kann die Ausschliessung nur erfolgen, wenn alle Gesellschafter zustimmen, sonst bleibt nur die Kündigung übrig. Ein Verschulden des betreffenden Gesellschafters ist zur Kündigung nicht erforderlich. Planck, S. 481; Ortmann, S. 467; Knoke, S. 118, 128.

übrigen Gesellschafter statt der Befreiung Sicherheit leisten, § 738 B. G. B.

Da das Gesellschaftsvermögen bestehen bleibt, also eine Umsetzung desselben in Geld nach § 733, Abs. 3 B. G. B. oder eine reale Teilung gemäss § 734 B. G. B. ausgeschlossen ist, so ist zum Zwecke der Befriedigung des ausscheidenden Gesellschafters sein Wert im Wege der Schätzung zu ermitteln.

Falls der Wert des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden und der Einlagen nicht ausreicht, so hat der ausscheidende den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnis seines Anteils am Verluste aufzukommen (§ 739 B. G. B.), und die übrigen Gesellschafter haben, falls der ausscheidende Gesellschafter der Gesellschaft Gegenstände zur Benutzung überlassen hatte, an diesen so lange ein Zurückbehaltungsrecht (vgl. § 273 B. G. B.), als der Gesellschafter ihre Forderungen gegen ihn nicht erfüllt, ebenso aber auch dieser bezüglich der von ihm gemäss dem eben erwähnten § 739 zu zahlenden Beträge, so lange er nicht von den gemeinschaftlichen Schulden befreit oder ihm Sicherheit geleistet ist [10]).

Hinsichtlich der zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäfte nimmt der Ausgeschiedene am Gewinn und Verlust teil. Doch sind die übrigen Gesellschafter natürlich völlig unabhängig in der Führung dieser Geschäfte, da der Betreffende ja nicht mehr zur Gesellschaft gehört, und können dieselben so beenden, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint (§ 740, Abs. 1 B. G. B.).

Über die inzwischen beendigten Geschäfte kann der Ausgeschiedene am Schlusse jedes Geschäftsjahres Rechenschaft, Auszahlung des auf ihn entfallenden Anteils am Gewinn und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen (§ 740, Abs. 2 B. G. B.). Doch steht ihm nicht mehr das Recht aus § 716 B. G. B. zu, sich persönlich über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten und zu

[10]) Örtmann, S. 468; Planck, S. 482; Knoke, S. 130.

diesem Zwecke die Geschäftsbücher und Papiere der Gesellschaft einzusehen [11]).

b) bei der stillen Gesellschaft.

Was die stille Gesellschaft betrifft, so ist vorweg zu bemerken, dass, trotzdem das H. G. B. § 340, Abs. 1 davon spricht, der Komplementar habe sich nach Auflösung der Gesellschaft mit dem stillen Gesellschafter auseinanderzusetzen, doch von einer Auseinandersetzung im eigentlichen Sinne nicht die Rede sein kann, weil ja zwischen den Gesellschaftern gar keine Vermögensgemeinschaft besteht, die „Auseinandersetzung" zeigt hier vielmehr gewisse Ähnlichkeit mit dem zuletzt besprochenen Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters. Wie nämlich bei der Gesellschaft das Gesellschaftsvermögen — und zwar das ganze, denn der Anteil des Ausscheidenden wächst ja den übrigen Gesellschaftern zu — in den Händen der anderen Gesellschafter zurückbleibt, so hier das Handelsgewerbe, an dem der Stille teilgenommen hat, in den Händen des Komplementars. Es finden daher die §§ 738–740 B. G. B. über das Ausscheiden eines Gesellschafters subsidiäre Anwendung. Dabei ist § 738, S. 1 naturgemäss von analoger Anwendung ausgeschlossen, weil es ja hier kein Gesellschaftsvermögen gibt, dagegen hat der Komplementar nach § 738, S. 2 B. G. B. dem stillen Gesellschafter die von diesem zur Benutzung überlassenen Gegenstände herauszugeben, wobei er ebenfalls bei zufällig in Abgang gekommenen oder verschlechterten Gegenständen zum Ersatz nicht verpflichtet ist. Was der stille Gesellschafter sonst zu fordern berechtigt ist, kann er in Geld, aber auch nur in Geld verlangen, kraft besonderer Vereinbarung zwischen ihm und dem Komplementar ist natürlich eine andere Abfindung nicht ausgeschlossen.

Ist die Einlage des stillen Gesellschafters durch Verlust erschöpft worden, so kann, wenn der Komplementar seine Gläubiger nicht voll zu befriedigen vermag, nicht etwa in

[11]) Örtmann, S. 469; Knoke, S. 131; Planck, S. 483.

analoger Anwendung von § 739 B. G. B. der stille Gesellschafter zur Ergänzung des Fehlbetrags nach seinem Anteil am Verlust herangezogen werden. Denn mit der Erschöpfung der Einlage ist auch die äusserste Grenze für seine Verpflichtungen gezogen, hier ist ja gerade, umgekehrt wie in § 735 B. G. B. der Gesellschafter, der stille Gesellschafter nicht mit seinem Privatvermögen verhaftet, sondern will eben nur seine Einlage aufs Spiel setzen.

Schweben zur Zeit der Auflösung noch Geschäfte, so werden sie, wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes von den übrigen Gesellschaftern, hier von dem Inhaber des Handelsgewerbes abgewickelt, § 340, Abs 2, S. 1 H. G. B. Derselbe ist dabei, wie die subsidiäre Anwendung von § 740 B. G. B ergibt, in der Führung und Beendigung dieser Geschäfte völlig unabhängig, selbst wenn der stille Gesellschafter während des Bestehens der Gesellschaft kraft Vertrages irgend welchen Einfluss auf die Führung der Geschäfte gehabt hat, denn nun ist ja eben die Voraussetzung, unter der er beim Abschluss der Geschäfte mitzuwirken berechtigt war, das Bestehen der Gesellschaft, weggefallen. Auf der anderen Seite haftet aber der Inhaber des Handelsgewerbes aus demselben Grunde nicht mehr für Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, sondern für Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns und ist mangels Anwendung dieser Sorgfalt schadensersatzpflichtig.

Der stille Gesellschafter nimmt an dem Gewinn und dem Verlust dieser Geschäfte in demselben Masse wie zur Zeit des Bestehens der Gesellschaft teil. Naturgemäss hat er aber, falls schon bei Auflösung der stillen Gesellschaft seine Einlage erschöpft war, weiteren Verlust aus den noch schwebenden Geschäften nicht zu tragen.

Am Schlusse jedes Geschäftsjahres kann er Rechenschaft über bereits beendigte Geschäfte, Auszahlung des auf ihn entfallenden Gewinns und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen, nicht aber selbst noch die Richtigkeit dieser Mitteilungen unter Einsicht der Bücher und Papiere prüfen.

Wird die stille Gesellschaft durch Konkurs, sei es des stillen Gesellschafters, sei es des Komplementars, aufgelöst, so tritt an Stelle des Gemeinschuldners der Konkursverwalter, mit dem dann die Auseinandersetzung in derselben Art und Weise zu bewirken ist, als wenn sie zwischen den ehemaligen Gesellschaftern selbst stattfindet [12]).

Für den Fall, dass der Komplementar in Konkurs gerät, kann der stille Gesellschafter, soweit seine Einlage nicht durch den auf ihn entfallenden Anteil am Verlust erschöpft wird, dieselbe als Konkursgläubiger geltend machen (§ 341, Abs. 1, H. G. B.). Nimmt er z. B. bei einer Einlage von 50000 Mark mit 75 % am Verlust teil, so kann er demgemäss 12500 Mark als Konkursgläubiger anmelden, und würde dann, falls in diesem Konkurse $33^1/_3$ % zur Verteilung kommen, 4166,66 Mark erhalten. Daraus erhellt zugleich, dass der stille Gesellschafter, wenn er mit seiner Einlage oder einem Teile derselben im Rückstande ist, bedeutend besser gestellt ist. Denn ist er etwa mit 25000 Mark im Rückstande, so muss er, unter den gleichen Voraussetzungen, wie oben, an den Konkursverwalter 12500 Mark zur Masse zahlen (vgl. § 341, Abs. 2, H. G. B.), dagegen behält er die übrigen 12500 Mark, die er sonst als Konkursgläubiger anmelden müsste, voll und ganz [13]).

Im Allgemeinen konkurriert der stille Gesellschafter im Konkurse des Komplementars mit Handels- und Privatgläubigern desselben. „Ist dagegen der Komplementar eine Handelsgesellschaft, so sind nur die Gesellschaftsgläubiger und nicht die Gläubiger der einzelnen Gesellschafter Kreditoren des Inhabers des Handelsgewerbes, und konkurriert demnach der stille Sozius wegen seiner Einlageforderung im Konkurse der Handelsgesellschaft nur mit deren Gläubigern“ [14]).

[12]) Staub, S. 1013 1014.

[13]) Bauer, S. 57; Staub I, S. 1015.

[14]) Renaud, S. 178.

Hauptsächlich um betrügerischen Manipulationen der beiden Gesellschafter zu begegnen und Schädigungen der Gläubiger des Komplementars vorzubeugen, trifft § 342 H. G. B. Bestimmungen über Fälle, in denen seitens des Konkursverwalters die Rückgabe der Einlage an den stillen Gesellschafter angefochten werden kann. Insoweit und nur insoweit äussert auch die stille Gesellschaft Rechtswirkungen nach aussen. Sehr leicht nämlich könnte und kann es vorkommen, dass, falls die Vermögenslage des Komplementars bedrängt wird, laut Vereinbarung zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter diesem die Einlage unter Auflösung oder auch Nichtauflösung der Gesellschaft zurückgezahlt oder ihm wenigstens sein Anteil an dem entstandenen Verluste ganz oder teilweise erlassen wird. Ist dies der Fall gewesen und nicht schon länger als vor einem Jahre vor der Konkurseröffnung geschehen, so kann der Konkursverwalter nach den allgemeinen Regeln der Konkursordnung (vgl. K. O. §§ 36—41) die Rückgabe oder den Erlass der Einlage anfechten (§ 342, Abs. 1, H. G. B.), es sei denn, dass der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung der Rückgewähr oder des Erlasses eingetreten sind (§ 342, Abs. 2, H. G. B.).

Übrigens kommt es nicht darauf an, ob die Rückgewähr oder der Erlass mala fide geschehen ist, auch bei gutem Glauben d. h. ohne die Absicht, die Gläubiger zu betrügen, ist die Anfechtung zulässig, denn es kommt hier auf die objektive Sachlage an [15]).

Voraussetzung für eine erfolgreiche Anfechtung ist aber immer eine Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern. Ist hingegen der Komplementar schon im Gesellschaftsvertrage verpflichtet worden, die Einlage gerade zu dieser Zeit zurückzuzahlen, oder kündigt der stille Gesellschafter rechtmässig, vor allen Dingen aber nicht unzeitig, so greift die

[15]) R. O. H. G., Bd. 14, S. 96.

Anfechtung nicht Platz. Würde aber z. B. der Gesellschaftsvertrag erst in dem Jahre des Konkursfalles einen Zusatz erhalten, dass die Einlage an den stillen Gesellschafter zurückzuzahlen sei, so wäre dies allerdings als eine zur Anfechtung berechtigende Vereinbarung zu betrachten (a. A. Staub I, S. 1016).

Lebenslauf.

Ich, Alfred Hugo Max Kaestner, wurde am 24. Dezember 1881 zu Berlin geboren, trat Ostern 1888 in das städtische Gymnasium zu Liegnitz ein und verliess dasselbe Ostern 1900 mit dem Zeugnis der Reife mit der Absicht, mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften zu widmen. Ich besuchte zu diesem Zwecke die Universitäten, Berlin, Tübingen und Breslau und nahm daselbst teil an den Vorlesungen bezw. Seminarien und praktischen Übungen der Herren Dozenten und Professoren Dr. Brie, Dahn, Dernburg, Fischer, Gretener, Heymann, Hübler, Jacobi, v. Jolly, Jörs, Klingmüller, Kohler, Lasson, Leonhard, v. Liszt, v. Meyer, v. Neumann, v. Schönberg, Sombart, Triepel, Wagner, Wendt, Wolff, denen ich an dieser Stelle meinen aufrichtigsten Dank ausspreche.

Zu besonderem Danke aber fühle ich mich Herrn Professor Dr. Beyerle für die vielfache Unterstützung bei dieser Arbeit verpflichtet.

Am 18. Mai 1903 bestand ich am Königlichen Oberlandesgericht Breslau die erste juristische Prüfung und wurde am 16. Juli 1903 zum Referendar ernannt. Für die Zeit vom 22. Juli 1903 bis 22. April 1904 war ich dem Königlichen Amtsgericht in Schömberg i. Schl. zur Beschäftigung überwiesen und bin seit dem 25. April d. Js. beim Königlichen Landgericht in Liegnitz beschäftigt.

Das Examen rigorosum bestand ich am 12. Juni 1903.

Thesen.

1) Für Rohheitsverbrechen ist die Prügelstrafe angebracht.

2) Der § 502 St. P. O. ist dispositiver Natur.

3) Das Verfahren in Privatklagesachen ist, falls vor Eintritt in die Hauptverhandlung ein Vergleich geschlossen wird, durch Beschluss zu beendigen, nicht durch Urteil.

4) Ein Gesellschafter darf ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter seinen Beitrag nicht erhöhen.

5) Die Einlage bei der stillen Gesellschaft kann nicht in Leistung von Diensten bestehen.

6) Der § 722, Abs. 1 B. G. B. ist auf die stille Gesellschaft nicht anwendbar.